

# 刑法における推定的同意の理論 患者の意思との 関係を考察するために

著者	西元 加那
著者別名	NISHIMOTO Kana
雑誌名	東洋大学大学院紀要
巻	53
ページ	37-58
発行年	2016
URL	<a href="http://id.nii.ac.jp/1060/00008813/">http://id.nii.ac.jp/1060/00008813/</a>



# 刑法における推定的同意の理論 ——患者の意思との関係を考察するために——

法学研究科公法学専攻博士後期課程 3 年

西元 加那

## 要旨

被害者の承諾については、従前から、その「法的効果」が詳細に議論されてきた。すなわち、「犯罪論体系上の位置づけ」である。本稿は、その延長線上の問題として、被害者の推定的同意について取り扱うものである。推定的同意とは、被害者による同意が現実には存在しない場合であっても、彼がその事実を認識したならばその行為に同意を与えたであろうというような状態において行為する者は、違法に行為したものではないとされる理論である。その際、とくにその正当化根拠について言及し、法益侵害行為が、法益主体の意思に反していたことが事後的に判明したような場合の影響について考察を行う。そして、本稿の目的は、この推定的同意の理論が、医療の領域において、すなわち、患者の意思との関係において、どのように理解されるべきか検討することにある。

## キーワード

被害者の同意、推定的同意、同意の正当化根拠、患者の意思、患者の同意

## 目次

- I. はじめに
- II. 刑法における「同意」の意義
  - 1. 同意の要件と限界
    - (1) 要件
    - (2) 被害者の同意の有効性
  - 2. 被害者の同意の正当化根拠
    - (1) 行為無価値論的アプローチ
    - (2) 結果無価値論的アプローチ

(3) 私見

3. 傷害罪に対する同意

Ⅲ. 推定的同意

1. 問題の所在

2. 推定的同意の正当化原理

(1) 客観的利益衡量に基づく見解

(2) 被害者の自己決定に基づく見解

(3) 総合的判断に基づく見解

3. 小括

Ⅳ. 患者の同意と推定的同意

1. 患者の同意と被害者の同意

(1) 治療行為の適法根拠

(2) 患者の同意の有効性

2. 患者の同意における推定的同意

3. 同意の代行（代諾）との関係

Ⅴ. おわりに

Ⅰ. はじめに

被害者が、自己の法益の侵害について同意（承諾）<sup>1</sup>を与えることを、被害者の同意という。「Volenti non fit injuria（欲する者に対しては不法はない）」という法格言に示されるように、同意は犯罪の成立を妨げる事由として長く議論されてきた。

被害者の現実的同意はないが、仮に被害者が事情を知っていたら同意を与えたであろう場合に、そのような事情に正当化事由を認めるという推定的同意の理論は、法と医療の領域にも関係するものである。医療行為を行うためには、医療を受けることについて患者の意思が問題とされ、インフォームド・コンセントが前提となるのが通常である。しかし、患者の中には、そもそも自己の疾病を認識できない者や、医師らによる医療上の説明を理解することができず、また医療を受けるかどうかや、どのような医療を受けるかについて判断ができない者、あるいはその意思を表明することができない者がいる。インフォームド・コンセントが不可能であるという理由で、患者に必要な医療が差し控えられということはあってはならないが、他方で、患者の意思に反した措置も回避されなければならない。そこで、患者の自己決定を尊重しつつ、適切な医療を選択するという理論構成を考えなくてはならない。この点、わが国の法制度は不十分あり、法整備が急務となっている。患者の医療を受ける権利という観点から、この問題（患者の推定的同意の問題）に対する解決策が必要となる。本稿では、わが国における医療場面での同意のあり方について考察を行う前提として、刑法上の

推定的同意の理論一般に関する検討を行う。

まず、刑法における同意論を確認し、推定的同意との関係を考察する。そこでは、とくに正当化根拠について言及することで、生命・身体に対する侵害への同意の有効性やその限界を検討する。推定的同意については、行為時の蓋然的判断と事後的に判明した被害者の意思が合致しなかった場合の取扱いについても、正当化根拠を見直すことによって検討する。そのうえで、医療現場における、患者の同意を検討する。おもに、同意論一般との相違を含め、法益主体の同意能力、治療行為の適法根拠、本人以外の同意は有効か、有効であるならばどのような場合に有効であるのか、について考察を行う。

## Ⅱ. 刑法における「同意」の意義

### 1. 同意の要件と限界

#### (1) 要件

被害者の同意とは、法益を有している者が、それに対する侵害に同意を与えている場合をいう。刑法の目的は法益保護にあるが、法益主体が侵害に同意している場合には当該法益の要保護性が欠如するから原則として違法性はなくなり、犯罪は成立しない。同意が有効であるためには、法益保護の放棄の意思表示が、その個人の自由意思に基づき、自己の任意の意思に基づくものでなくてはならず、行為の当時に与えられていることが必要である<sup>2</sup>。しかし、自己決定の実現は、それがいかに自己に不利益な決定であっても、原則的にその個人の自由であるが、それが本人の無知や無理解あるいは、他人の圧力によるものである場合等には、その決定を無効として本人を保護する必要がある。したがって有効要件については、まず、主観的・形式的要件として、意思が強制されたものでないこと、無知に基づくものではないこと、真意であること等が要求される<sup>3</sup>。次に、正当化根拠次第では、客観的要件として、その同意が、公序良俗に反していないこと、公共の利益に反していないこと等、社会的観点からの制限を加えようとする見解もある<sup>4</sup>。

#### (2) 被害者の同意の有効性

また、同意の効果の限界については、錯誤との関係も考察しなくてはならない。すなわち、被害者にどのような錯誤があった場合に同意が無効となるかということである<sup>5</sup>。これは、とくに偽装心中の問題で、202条における「同意」の有効性に関して検討される。殺人行為については、被害者の同意があっても、その違法性が阻却されることはない（同意の効果は、殺人罪から同意殺人罪へと、該当する構成要件を変更させるにすぎない）。199条と202条の問題は、その限界づけが議論の対象となるのである。判例<sup>6</sup>は一貫して殺人罪の成立を認めている。学説は、判例と同様に、重大な錯誤に基づく同意を無効として、殺人罪の成立を認める説<sup>7</sup>と、自殺関与罪の成立においてその教唆方法は問われていないのだから、「欺く

という方法によって」自殺を教唆したに過ぎないとする自殺関与罪説に分かれ、後者はさらに①動機の錯誤説、②法益関係の錯誤説、③202条を不自由な意思に基づく自殺に限定して適用すべきだとする説に分かれる。①は、侵害される法益に関する錯誤はなく、単にその動機に関して錯誤があっただけであるから、自己の死に対する同意は有効であるとする<sup>8</sup>。②は、欺罔による錯誤に基づく同意を、法益関係的錯誤かどうかによって区別する立場である<sup>9</sup>。すなわち、被害者に自己の生命に関する錯誤があれば、それは法益関係の錯誤であり殺人罪が成立する。③は、202条とは最初から不自由な自殺意思を前提とした規定であると理解し、ゆえに法規定は偽装心中のような場合にこそ適用されるべきであると説く見解である<sup>10</sup>。

解釈論上、原則的には自殺関与罪の成立を認めるべきであると思われる。というのも、たとえば被害者が、「被告人の追死の事実がなければ自殺しなかった」と言うとしたら、それは動機において錯誤があつたに過ぎないといわざるをえず、被害者は「自己の死」や「死ぬということそのもの」については何らの錯誤もなかったこととなる。欺罔による錯誤が被害者の意思決定において重要な部分を占めるがゆえ、ただちにその同意を無効と評価し殺人罪が成立すると結論付けるのは、論理に飛躍があるだろう。したがって、法益関係的錯誤説にならって、自殺関与罪の成立を認めるのが妥当であると結論づける。本稿は、この法益関係的錯誤説を前提に議論を進める。

## 2. 被害者の同意の正当化根拠

被害者の同意<sup>11</sup>は、その法的効果の相違を基準に、以下の通り分類される。まず、①13歳未満の男女に対する強制わいせつ罪、13歳未満の女子に対する強姦罪のように、被害者の同意の無効性が明らかにされている場合である。次に、②同意殺人罪のように構成要件要素となる（減輕事由となる）場合、③住居侵入罪、窃盗罪のように、同意があるときには構成要件該当性を否定する場合がある。そして、④傷害罪のように、被害者の同意が違法阻却事由（正当化事由）とされる場合がある<sup>12</sup>。違法性の本質論、違法阻却根拠から、とくにこの④違法阻却事由のひとつとされる同意について、その正当化原理が議論の対象となっているのである。

### （1）行為無価値論的アプローチ

被害者の同意による行為の正当化根拠を、共同生活の目的達成のための相当な手段であるかどうかを求める目的説、および社会生活秩序的に相当な行為であるかどうかを求める社会相当性説などが、行為無価値論的アプローチとして挙げられる。すなわち、被害者が自身の処分可能な利益を放棄する際、自由な自己決定によるというだけでは不十分とするという見解である。被害者の承諾に正当化事由としての独立した地位を認めず、行為の社会的相当性を判断するための一要素に過ぎないとする<sup>13</sup>。



この立場によると、たとえば、やくざAが組のおきてに従って指を詰めようとした際に、A本人の頼みに応じてその指を切断した仲間Bの行為は、社会的観点から許容されない（社会的に相当でない）ならば、正当化されない<sup>14</sup>。公序良俗の考え方のもとに、同意によってなされた行為自体に対する社会や国家の関心が強調されることが第一基準であり、同意による個人の自己決定はその下位基準であり、正当化の一要素として評価されるのである。

## （2）結果無価値論的アプローチ

結果無価値論的アプローチとは、被害者の同意があれば、法益の主体がその処分可能な利益を自由な自己決定によって放棄したことにより、刑法が保護する必要のある法益がなくなるわけだから、被害者の同意による行為は原則的に違法性が阻却されるというものである<sup>15</sup>。この見解は、法益衡量説ないしは優越的利益説、あるいは、利益不存在の原則によって根拠づけられる。前者は、「法益、ないしは法益の保護を放棄する」という自己決定権と、放棄する法益を衡量し、両者が均衡すること、あるいは自己決定権が優越することに正当化根拠を求める。そして後者は、被害者が自由な自己決定により、その処分可能な利益について放棄した結果、保護されるべき法益がなくなる、ないしは、その法益を刑法によって保護する必要がなくなるということに正当化根拠を求めるものである。

このような考え方は、上で挙げたやくざの指詰め事例についても、それがたとえ倫理的価値や社会的相当性を有していなくても、違法阻却を認める。個人の自己決定の自由をできるだけ尊重するという意味で、個人主義・自由主義の思想と合致するものと評価できよう。

## （3）私見

さて、行為無価値論的アプローチによるならば、すなわち規範論的に考察するならば、すでに述べたとおり、被害者の同意があったとしても、その同意によってなされる行為が社会倫理的観点から許容されないものである場合、正当化されない。被害者の同意の基礎には「個人の自由な自己決定の尊重」があるといわざるをえない以上、このような結論を妥当とすることはできない。

しかし、結果無価値論を徹底すると、法益論的アプローチにより、同意に絶対的な効力を与える結果、自己決定権の限界を看過することとなってしまう。すなわち、法益主体が自己の法益に対する侵害に同意すれば、法益の種類いかに問わず、行為はすべて正当化されるということになる。しかし、刑法は、たとえば同意殺人を処罰対象としている。それを根拠づけるために、生命については国家・社会も法益主体であり、被害者が侵害に対して同意をしていても、保護されるべき法益はなくならないとする考え方も存在する<sup>16</sup>。しかし、生命に国家・社会的法益の側面も認めるというのは、個人主義を尊重する現行憲法との整合性が疑わしい。

したがって、法益を自由に処分するという自己決定の利益が法益保護の利益に優越するという見解を妥当と考える<sup>17</sup>。すなわち、被害者の同意に基づく構成要件該当行為は、一方で、個別具体的な実体的法益（たとえば身体の完全性）を侵害するが、他方で、一般抽象的な手段的法益（自己決定の自由）を実現し、両者の比較衡量によって違法性が決定される。ゆえに、侵害法益が自己決定の自由の利益に優越するときは、同意にもかかわらず行為は違法とされる。そして、同意殺人が違法であるのは、自己決定の自由の実現によっても補いきれないほど重大な生命という法益の侵害を伴うからである

### 3. 傷害罪に対する同意

以上、結果無価値論に立っても、同意による正当化ができない場合が存在することが根拠づけられた。明文で禁止されている同意殺人罪のほかに、日本では明文規定のない同意傷害について、同意の正当化根拠に対応し学説が分かれている。すなわち、第1の立場は、同意があっても社会的に相当でない行為は違法であるとする見解（社会的相当性説）<sup>18</sup>で、第2の立場は、同意を得て身体の枢要部分に対する回復不能な不可逆的損傷をもたらした場合には違法であるとする見解（重傷害説）<sup>19</sup>である。そして第3の立場は、死の危険がない限り同意に基づく傷害はすべて適法であるとする見解（生命危険説）<sup>20</sup>で、最後に第4の立場は、内臓の摘出や手足の切断といった重大な傷害であっても、その種の自傷行為が不可罰であるのと同様に、有効な同意があれば違法性は阻却されるとする見解（全面的不可罰説）<sup>21</sup>である<sup>22</sup>。前述の検討によれば、第3の立場である生命危険説をとるのが妥当であろう。

## Ⅲ. 推定的同意

### 1. 問題の所在

推定的同意とは、被害者が現実的に同意を与えていないが、もし事態を認識していたならば同意を与えていただろう場合をいい、被害者の同意とは別の独立の違法性阻却事由であるとされている。推定的同意が問題となる状況は、法益主体による現実的同意がないにもかかわらず、法益侵害が許容されるという場合である。すなわち、推定的同意の類型としては、(a) 被害者のためにする場合（事務管理型）と、(b) 行為者自身または第三者のためにする場合（権利侵害型）がある。(a) は、水道の蛇口からあふれている水を止めるため、不在の隣家に立ち入る場合（水道事例）や、友人宛にきた速達信書を、必要な措置をとるために、友人の不在中に開封する場合（信書開封事例）などがあり、(b) には、友人の不在中に勝手に立ち入り、家の中で待機する場合などが挙げられる。問題は、このような推定的同意に関する事前の蓋然的判断が、事後に判明した法益主体の意思と合致しなかった場合の取扱いである。以下、推定的同意の有する正当化効力の根拠に基づいて、考察を試みる。

## 2. 推定的同意の正当化原理

上記諸事例にみてきたように、推定的同意は、被害者の同意論一般と同様、正当化的に作用するということについて、認識は共通であると思われる<sup>23</sup>。そして、あくまでも被害者の「推定される意思」との合致が問題であるとするならば、その意味では被害者の同意の「延長線上」に位置するものともいえるだろう。しかしながら、たとえ事後的に当該法益侵害行為が法益主体の意思に反していたことが判明したとしても、なお依然として違法性は阻却されるというのならば、明らかに被害者の同意とは異なる特殊性が認められるのであり、この意味では「推定的同意」は「実在的同意」の「代替物」ではないとされることになるのである<sup>24</sup>。したがって、推定的同意という蓋然的判断と異なる事実が、後に判明した際の評価について影響を与える推定的同意の違法阻却根拠について考察を行う必要があるが、これについては多様な見解が主張されている。

### (1) 客観的利益衡量に基づく見解

私は、推定的同意とは、現実の同意を補充する形で違法性阻却事由とすべきであると考えますが、現実の同意が存在しない以上、これを推定すべき客観的な要素をどのように設定するかについて、主観的要素との関係も踏まえた原則的な問題は避けられないのである。そこで、まず、推定的同意は「被害者の主観の問題ではなく、法の理念そのものの問題である」とする見解<sup>25</sup>のように、その正当化根拠を客観的な利益衡量に見出そうとする立場がある。

#### ①緊急避難説

まず、代表的見解として、緊急避難説が挙げられる。この見解は、推定的同意とは法益主体の客観的利益を保護するものであり、そしてその客観的利益というものは、日本では37条に緊急避難として明文で規定されているため、それに相応しこのような名称で呼ばれるものと考えられる。本説によると、推定的同意による行為とは、被害者自身による同意はないが、当該事態に対する客観的かつ合理的判断によって、もし行為者がその事態を知っていたら当然同意を与えるであろうと考えられる場合、その意思を推定して行う行為をいう。したがって、同意の推定は、主観的に把握されるべきではなく、客観的にその推定について考察するべきであるということになる<sup>26</sup>。

また、法益主体の明示の意思表示がある場合に、推定的同意が入り込む余地があるのかどうかについて、被害者が事態を誤認していたため不同意を唱えても、もしその事態を正しく認識した場合には同意したであろうときは、そのことを推定して行う行為は、推定的同意による行為といえる。しかし、被害者が事態を正しく認識したうえで、なんらかの特殊な事情から反対の意思を明示しているのを知って、行為した場合には、推定的同意による行為を認めるわけにはいかないとする<sup>27</sup>。



## ②目的説・社会的相当性説

同様に、客観的・合理的判断に重点をおく見解に、目的説ないし社会的相当性説がある。すなわち、たとえば、「その事態に対する客観的かつ合理的判断によって、もし被害者が事情を知っていたならば、当然、承諾をするであろうと推定されるばあいには、被害者の利益をはかって行う行為をいう」とする見解<sup>28</sup>、「行為者の主観的判断において推定した承諾ではなく、理性的人間が被害者の立場にあったならば客観的判断に従って期待せられたであろうところの承諾と解すべき」とする見解<sup>29</sup>などがある。

## ③検討

しかし、このような客観的利益衡量によるという見解は、問題領域が法益主体の自律領域であることを認めながら、被害者の仮定的意思の重要性を否定し、一般的に保護すれば喜ばれるだろうと判断されること、すなわち、もっぱら客観的・一般的判断を優先させようとしているといえる。したがって、現行法秩序の精神が、第三者の「理性の優位」に対する自己決定権の優位を認めていることにかんがみても、当事者がたまたま一時不在であったとか決定能力を欠いていたからといって、本来許されるはずのないそのような「理性の優位」の越権にさらされることは妥当ではないと批判されるのである<sup>30</sup>。

## (2) 被害者の自己決定に基づく見解

次に、正当化根拠について、代表的な主張は「推定的同意も、規範的な合理的な利益衡量が問題となっているのではないから、いわゆる利益不存在の原理に指導される被害者の同意の延長上に位置するものである」と述べる<sup>31</sup>ような、被害者の自己決定という法益主体の主観的利益を出発点とする、同意論類似の見解がある。

### ①承諾説

推定的意思の枠組みの内部で、利益衡量を考えようとする見解に、承諾説がある。この説は、推定的同意とは、被害者が現実にも同意を与えたのではないが、もし彼がその際の事情について完全な知識を有したならば、同意を与えたであろうと推定される場合をいうのであるから、この推定的同意は、現実の同意を補充しそれに代わるものであるといえ、彼自身の主観的立場から、行為の際における本人の実際の気持ちが判断の標準となるべきであると考え<sup>32</sup>。この立場を徹底すれば、先の事例類型 (a) (b) とともに、事後的に明らかになった法益主体の意思と、推定した意思が合致しなかった場合は、正当化の効力が制限されることとなる。

### ②類型別分類説

同様に法益主体の主観的な意思を基準としつつ、内部的な利益衝突の事例群、すなわち、被害者のためにする場合 (a) と、利益放棄の事例群、すなわち、行為者自身または第三者のためにする場合 (b) に分けて、後者についてのみ推定的同意による正当化を拒否しよう

とする見解もある。それによると、推定的同意は、実在的同意の一亜種と考えられなくてはならない。被害者の仮定的意思<sup>33</sup>が、規範が具体的法義務の基礎づけを阻止するという意味で、法的保護の放棄をなすことによって、行為が正当化されるのである。そして、その阻止の根拠は、自己決定権の尊重要請に求められねばならないという。そのうえで、推定的承諾の適用範囲について、内部的利益衝突の類型（a）の場合には、自己決定権の尊重が、決定者の意思の直接的尊重を原則としつつも、一定の状況にあつては、たとえば緊急性が認められるような場合には、その可能性で足りるとするならば、自己決定の可能性が衝突する場合についてのみ、利他的な、さらに、客観的にも肯定しうるような行為価値を媒介として、違法性を阻却することができる。他方、自己決定の可能性が全く残されていない利益放棄の類型（b）の場合は推定的承諾の法理による正当化にはなじまないという。すなわち、この見解は、（a）類型の場合、被害者のためになされる行為であるので、被害者の自己決定の可能性が担保されている限りにおいて、他の正当化要件（現実の同意における一般的要件と、推定的同意特有の要件）が満たされている場合に違法性が阻却されるが、（b）類型の場合は、自己決定の可能性の保障が全く考えられないのであるから、推定的承諾による正当化は考えられないとするのである<sup>34</sup>。

### ③検討

基本的に、推定的同意の正当化根拠につき法益保持者の同意を出発点とすることは、妥当であるとする。その中で、類型別に正当化の評価を行う見解について若干の考察を試みる。この見解は、推定された意思と事後的に判明した意思が合致しない場合、問題となる法益侵害行為が、被害者のために行われていれば推定的同意によって正当化されるが、行為者自身または第三者のために行われていれば正当化されないという結論に至るものである。そして、その理由を、後者は「個人の自律性の尊重が侵害されている（自己決定の可能性が保障されていない）」からであるとする。しかし、このように考える際、本見解は「緊急状態の下では、ふたつの利益の対立が生じている場合に、一方の犠牲を許している」という点を考慮している。だがそれは、自己決定権という主観的利益を正当化根拠の根本にすえているにもかかわらず、その判断や要件は客観的利益衡量によるという矛盾をはらんでいるように思われる。本見解を、あくまでも承諾説を前提に考察を行う立場であると理解するならば、その中核部分となる事案の評価の部分で客観説に依拠している以上、妥当とはいえないだろう。

## (3) 総合的判断に基づく見解

### ①事務管理説

主観的要素と客観的要素を総合的に考慮して、推定的意思と利益衡量の一致が行為を正当化するとする、事務管理説がある。この説によれば、推定的同意とは、裁判時までには明らかになった資料を基にして、裁判官が行う、被害者の意向ないし主観的利益方向を確定するた

めの、仮定的蓋然性判断である。それは、被害者の意識上にある決意を対象とするのではなく、意識下にある意向を推測する科学的判断である。そして正当化の根拠は、以上の判断を支える事実状態とその判断の誤りを担保・保障する客観的利益の存在である。推定的同意を正当化事由として定立するためには、その法理の功利性を基礎付ける客観的利益と、自律性尊重の思考と整合させるための推定的同意という、ふたつの要素がともに必要なのである<sup>35</sup>。

## ②許された危険説

客観的・合理的事前判断と事後的な被害者の現実的意思との不一致の危険性に着目し、利益衡量と推定的意思のふたつの原則に、許された危険の原則が付け加えられるべきだと主張するのが、許された危険説とよばれるものである<sup>36</sup>。本見解の特徴は、推定的な同意によって正当なものとされるのは、構成要件に該当する他人の法益に関する干渉が、その人の本当の意思はおそらくこうであろうと適切に仮定した判断に基づく行為であるということにある。行為者の判断が「適切」であるといえるためには、もし法益の主体がその意思を表明できるとすれば、その内容が行為者の判断と客観的に合致していることが必要である。もしこういう意味で「適切に」行為がなされると、その行為は、事後的に、法益の主体がほかのことを望んでいたと分かっても、正当なものとされるのである。それゆえ、この見解によると、推定的な同意に基づく行為は、法益主体が自分で決定することができないので、一定の限られた場合に行うことが認められ、場合によればその意思に反する間違っただけの判断をすることもあるという危険を犯すことが許されているという、一種の許された危険にもとづいて、正当なものとされるというのである<sup>37</sup>。

## ③情状無罪説

上記の諸見解とは別に、推定的同意という言葉の吟味から出発し、その実態は一種の擬制であるのだから、個人の自己決定に対する過度の干渉になるおそれがあるとして、この擬制をできる限り排除し、語の本来の意味での推定はこれを認めるという観点から主張されたのが、情状無罪説である。本説によると、推定的同意に基づいて行われる行為は、被害者に有利にはたらく反面では、被害者の不利にはたらくことは明らかである<sup>38</sup>。たとえ法理の名の下に客観的・合理的判断と称するものであろうとも、自己決定の専属的主体である被害者でないものによる判断に権威をもたせることは、個人の自己決定に関する過度の干渉である。被害者の承諾が問題となるような事案に対してなしうる最大限の考慮は、酌量減輕の局限としての「情状による無罪」であり、最小限の考慮は酌量減輕ということになる<sup>39</sup>。

## ④検討

まず、事務管理説は、正当化の根拠について被害者の利益と被害者の推定的意思とを分析するのは正当であっても、これを並列したためにその相互間に矛盾を生じた場合十分な説明ができない点を、最大の問題点として指摘される<sup>40</sup>。また、民法の事務管理では、内部的な費用の償還などが問題となるのであるから、他人の法益に対する侵害行為の推定的同意によ

る違法阻却が中心的問題となるところの、刑法における推定的同意をそれによってのみ説明し根拠づけることはできない<sup>41</sup>。

次に、許された危険説であるが、たしかに、推定的同意は「許された危険」としての性格ももっているということもできるだろう。しかし、そのような危険を冒すことは、推定的同意にとって限界的事態であって、その本質的な法的性格ないし違法性阻却根拠とみるには、なお疑問の余地があるといわれるのである<sup>42</sup>。また、本説の問題点として、「危険が許される」のは帰結であって、それ自体としては根拠になりえないと指摘するものもある。すなわち、法益主体の意思に反する危険を冒すことが許されるためには、そのような法益侵害行為自体がすでに許されるとしなければならないとするのである。さらに、行為者の行為が被害者の意思に沿った結果を実現する蓋然性を含むとしても、事前判断だけで違法評価をおこなうならば、その他のあらゆる正当化事由にあっても、法益主体の意思に反した第三者の処分を広く許容することになり、それは立法者が一定の要件を定めて違法性阻却事由を限定的に規定していることが、解釈により全く無視されることになると批判される<sup>43</sup>。

最後に、情状無罪説であるが、本説による「自己決定権を有名無実のものにしてしまう」という批判は、(b) 類型である、行為者自身または第三者のための行為を、推定的同意の適用範囲からはずしたり要件を厳格にしたりする見解には妥当せず、利益衡量を推定的意思確定のための一要素としてのみ考慮する立場にも当てはまらない。また、自己決定権への過度な干渉により、被害者の告訴権および正当防衛権は事実上せばめられると主張するが、むしろ、被害者のために、しかも客観的にみて合理的であるとされる行為をしている行為者に対する正当防衛権を肯定するほうが疑問であると指摘される<sup>44</sup>。また、情状により「減輕」とされるというのはまだしも、情状により「無罪」となるという理論について、そのような結論を導き出す根拠条文の提示はなく、そうである以上受けいれることはできないと考える。

### 3. 小括

今日展開されている刑法理論上の重要なキーワードのひとつに「自己決定権の尊重と限界」があるが、これは同意論を論じるうえでも同様に重要であると考ええる。また、推定的同意が「法益主体が事態を認識していれば同意しただろう」という点に求められる以上、現実的同意と同じように、判断の基準はあくまで法益主体その人であるべきだろう。したがって、上記水道事例で、通常の人なら同意するであろう状況でも、法益主体である隣人が、他人が自宅に立ち入ることを極端に嫌う人物であるならば、そのことを基準に判断されなくてはならない。というのも、推定的同意の正当化が基づくのは、適時に判断をすることのできなかった法益主体の期待されうる意思に沿って行為がなされるという点につきるからである。したがって、現実的同意の得られる場合にはそれによるべきであり、法益主体の意思に合致することが、推定的同意が違法性を阻却しうるための大前提であろうという態度については、変



更しがたいところである。もっとも、推定的同意には、すでに述べたように、被害者のために行為する（a）類型と、行為者自身または第三者のために行為する（b）類型があり、それらを区別した上で、正当化根拠を考察するということもありうるだろう。しかし、なぜ現実には同意が存在していないにもかかわらず、本来なら処罰対象であるような行為の違法性が阻却されるのかというと、それはやはり「法益主体である被害者から同意が得られるだろう」という点に見出される。そうであるならば、たとえば、被害者が法益の処分に対し独特の見解を有していた場合等を含み、原則として、事後的に法益主体の意思に反していたことが判明した場合は、推定的同意の効果が制限されることになる。ただし、錯誤があった場合等は、錯誤論による解決も考えられよう。推定的同意の理論における判断の基準としては、あくまで、法益主体であるその人自身に求められるべきであって、決して「理性的人間」の判断や「客観的・合理的」な判断に重点がおかれるべきではないのである。

#### IV. 患者の同意と推定的同意

##### 1. 患者の同意と被害者の同意

###### (1) 治療行為の適法根拠

さて、医師が「治療行為」を行う場合、手術その他の行為が、傷害罪（あるいは場合によっては暴行罪、監禁罪等）の構成要件に該当することも考えられる。それが正当な治療行為として正当化されるためには、①医学的適応があり、②医学において一般に承認された方法となされ（医術的正当性）<sup>45</sup>、③原則として患者の同意が必要であるといわれている。とくに、「患者の自己決定権」と関連して、患者の同意をどのように理解し、どのように位置づけるのか、議論の対象となっている。

それでは、治療行為に対する「患者の同意」と、違法論一般で論じられる「被害者の同意」は、どのような関係にあるのだろうか。両者は必ずしも完全に同一ではないと理解されている。すなわち、前者は、客観的に価値の高い利益を優先的に保護・維持する行為であり、何が患者にとってより価値の高い利益であるかどうかを判断する際、保全利益と侵害利益がいずれも同一法益主体である患者のものである。したがって、優越する利益についての自己決定の要素として、患者の同意は重要な意味を有するものといえる。「患者の同意」は、原則的に、35条の正当業務行為ないし正当行為の問題なのである。これに対して、後者は、客観的に価値の高い利益を優先して保護・維持する行為ではなく、そのような意味での単純な法益放棄に与えられた被害者の同意は、その放棄された法益への侵害行為の違法性を阻却するかどうかの問題にかかわるのである。その際、判例は、公序良俗、社会倫理、社会的相当性の観点に重きを置き、身体などの利益放棄についての個人の自己決定権はその枠内でのみ考慮されている<sup>46</sup>。

このように、治療行為の正当化根拠は、被害者の同意とは異なると考えられている。すな



わち、被害者の同意は、その存在自体によって違法阻却が認められるが、患者の同意は、治療効果が期待できる適切な医療行為であることによって治療行為の違法性を阻却する<sup>47</sup>。患者の同意は、単なる利益放棄ではなく、一方で侵害され一方で得られる利益について患者が選択をするという自己決定が尊重されるがゆえに、正当化効力を有するのである。

#### (a) 傷害説

治療行為が一定の要件の下で不可罰であることに争いはないが、その犯罪論体系上の位置づけについては見解が分かれている<sup>48</sup>。はじめに、治療行為はまず構成要件に該当することを前提とする立場がある。ドイツの判例<sup>49</sup>では、治療行為（医的侵襲）そのものが傷害罪にあたると解されている。これは、ドイツ刑法223条が、その文言上、「身体的に虐待する（körperlich mißhandeln）」行為と「健康を害する（an der Gesundheit schädigen）」行為を構成要件的行為としていることに起因すると考えられる<sup>50</sup>。傷害概念を、抽象的・一般的な概念とし、患者の主観や傷害の価値評価を取り入れないという特徴をもつといえよう。

日本でも、治療行為傷害説に基づく見解として、治療行為であっても身体の外形的ないし生理的機能の現状を、一時的にせよ不良に変更する以上、傷害罪の構成要件に該当し、治療行為は、患者の承諾を要件として、目的のための適切な手段である場合に違法性を阻却されるとする見解<sup>51</sup>や、患者の意思を違法阻却の段階で利益衡量の判断において考慮し、患者の同意がある場合にのみ違法性を阻却するとする見解<sup>52</sup>がある。

#### (b) 非傷害説

これに対して、治療行為は傷害構成要件には該当しないとする見解もある。ドイツの通説はこれである。いうまでもなく、この見解に立脚するならば、患者の同意のない治療行為が、自由剥奪罪、強要罪等を構成するかどうかを検討しなくてはならない。この点について、日本においても、全体的にみれば生命・身体の救助にほかならず、成功して健康を回復・増進した場合はもはや法益を侵害したとはいえないとする見解<sup>53</sup>（全体的考察説<sup>54</sup>）がある。これについては、当然のことながら、成功しなかった手術の場合等の取り扱いが問題となる。

#### (c) 私見

治療行為（医的侵襲）の法的性質については、傷害説をとる。なぜならば、非傷害説をとると、患者の意に沿わない治療行為（いわゆる専断的治疗行為の問題）もすべて自由に関する罪にとどまることになる。そしてそれをカバーしようとして、治療行為によって健康が回復・増進したという結果を要求すれば、成功した治療行為のみ傷害罪を構成することとなる。失敗した治療行為の場合は、治療目的があるならば故意を阻却するということになる。しかし、前者は、複雑な医療技術や事情のなか、ただちに回復・増進という結果のみを「治療」と理解することには疑問の余地がある<sup>55</sup>。後者は、たとえば治験の対する評価も問題であるし、刑法上「故意」は、犯罪事実の認識を意味し、動機や目的に係るものではないはずであるため、目的を故意阻却事由にもちだすのは論理の破綻といわざるをえない。非傷害説は適

切とは考えられず、治療行為という場面をとった場合に身体への侵害が存在する以上、傷害罪の構成要件該当性が認められるのであるから、その治療の効果あるいはその可能性、患者の意思を併せて違法性のレベルで検討するのが妥当であろう。

## (2) 患者の同意の有効性

すでに述べたように、被害者の同意が有効であるのは、その同意が被害者の真意に基づいていることが前提とされるが、客観的な事情と被害者の認識が一致しない場合については、法益関係的錯誤説によって解決するのが妥当であるとする。患者の同意も、違法阻却事由であるとした以上、同様に考えるのが自然であろう。しかし、患者の同意の特殊性については、法益関係的錯誤説の適用について、修正を加えるべきであるとする見解もある。すなわち、医療侵襲に対する患者の同意は、医師の説明義務を前提としており、重大な説明義務違反そのものが同意の無効をもたらしうるし、また同時に、手術が健康の回復のためのものである以上、患者の動機が重大な意味を有しているのであるから、患者の同意に関しては、法益関係的錯誤を貫徹することができるのかと疑問を呈する見解である。目的に関する錯誤や、施術者の同一性に関する錯誤・欺罔は、医療の場における同意に関しては非常に重要な意味をもつことを顧慮すべきというのである<sup>56</sup>。

たしかに、患者の同意は（患者自身の）治療目的に深く関係しており、それは被害者の同意における法益放棄の目的より顧慮に値するかもしれない。たとえば、身体に異常を感じ、血液検査を受けた患者が、無断でHIV検査も行われたような場合などが考えられる<sup>57</sup>。また、施術者の同一性に関しても、「難しい手術を受けることを決意したのは、その分野の権威といわれる名医が執刀してくれると聞いたから」というような状況はありうるだろう<sup>58</sup>。被害者の同意一般で考えても、たとえば準強姦罪において被害者が配偶者の双生児の兄弟を配偶者と誤認する場合など、構成要件の種類によっては同意の名宛人が誰かということが法益侵害の有無に重要な意味をもつこともある。しかし、上記のような医療の場面における事情をふまえた結果、厳密に考慮することによって同意が有効である範囲が極めて狭くなってしまい、本来の法益関係的錯誤説と著しく結論がかけ離れてしまうならば、それは適切ではないだろう。患者の同意について、法益関係的錯誤説を治療行為の独自性をふまえて修正する必要はあるが、慎重に対処すべきである。

## 2. 患者の同意における推定的同意

わが国において、同意能力の概念に関する規定は、被害者の同意についてはもちろん、まして患者の同意についても存在しない。そこで、その内容については解釈に委ねられることとなる。どの程度の精神能力が要求されるかは、一律に決めることはできず、法益侵害の種類・程度等により異なって解する必要がある。患者本人の同意能力があるかないか、そして

そのボーダーはどのように設定するべきかという問題ももちろん大切であるが、患者の同意が問題となる場面では、意識がない等の理由により、明らかに同意能力のない患者の場合が多く考えられる。したがって、患者の同意においてより重要なのは、どのような人に同意能力を認めるかの限界づけよりも、同意能力のない患者の取扱いである。すなわち、意識がない患者や、緊急を要するため同意の確認をとる余裕のない患者などの場合に、その意思を推定することは許されるのだろうかということである。被害者の推定的同意は、法益主体は（その場で同意を与えることができないだけで）同意能力は有しており、事後的にその意思の確認をすることができる場合が想定されているが、患者の推定的同意は、法益主体の同意能力が欠如している場合が多いため、同意能力との関係で考察することになる。

結論からいうと、同意能力を欠く患者の意思を推定することは、一定の範囲で許容されるべきだと考える。これには、患者の同意を推定して医的行為<sup>59</sup>を行うことを全面的に禁止すると、生命・身体という客観的な利益増進を明らかにもたらす場合であっても、意識不明状態で運び込まれたような人に対しては何の処置も施せないことになるという政策的な理由もある。そもそも被害者の推定的同意とは、被害者が現実同意を与えたのではないが、もし彼がその際の事情について完全に認識していたならば、同意を与えたであろうと推定される場合をいうのである。患者の推定的同意においては、医的行為により客観的な利益増進が想定される場合にはなおさら、患者が同意をすることができる状況にあったならそうしたであろうと推定することは許されるといえよう。しかし、問題は、被害者の同意における推定的同意と同様に、事後に判明した患者の意思が、行為時に推定した蓋然的判断と合致しない場合である。すでに述べたように、行為時に推定する判断の基準は、客観的・合理的判断ではなく、法益主体その人の意思によるべきである。したがって、被害者の同意における推定的同意については、被害者の現実的意思と合致しない場合においては同意の違法阻却の効果が制限されることもありうる結論づけた。しかしながら、同意の部分でも法益関係的錯誤説との関係で言及したように、推定的同意に関しても、「被害者」と「患者」を全く同一に扱うことは妥当ではない。すなわち、被害者の同意一般については、推定的同意が被害者の現実の事後的意思と合致しなければなければ正当化ができないとしても、患者の同意が問題となる場面では、とりわけ緊急を要する場合は、患者について推定した蓋然的判断が事後的に判明した患者の意思と違っていても、必ずしも違法に行為したものとはならないだろう。おそらく、ここで前述の「許された危険」の法理の適用による解決も考えられよう。いずれにせよ、患者の推定的意思の領域で重要なのは、それが治療一般の場面のみならず、いわゆる終末期の場面にも関わるものであるということである。すなわち、患者の推定的意思については、その同意が生命法益を処分する方向で問題となる場合も想定しなくてはならないのである。もちろんその際は他の正当化原理や要件も考慮しなくてはならない。

### 3. 同意の代行（代諾）との関係

同意能力を欠く患者の意思を推定することは許容されうるとはいつても、注意が必要なのは、その推定的意思を判断する主体や方法である。推定的同意を違法阻却事由として認めることと、患者ではなく誰かがかわりに、判断者自身の視点から判断し同意を与えるということは、全くの別物である。あくまで、「その患者が事情を知っていたら同意を与えたかどうか」を判断しなくてはならない。これは、終末期の現場においても、非常に重要な意味をもつ。

## V. おわりに

以上、被害者の同意と患者の同意を比較することで、患者の意思を推定するという点について考察を試みた。同意は違法論の領域に関わる問題であり、生命・身体法益への同意の影響については若干各論的考察も行ったが、本稿では、被害者の同意論一般と、それが患者の同意に場面を移したときの相違という点に焦点をあてて検討した。そして、推定的承諾の正当化根拠は、客観的利益衡量ではなく、原則的に同意の延長線上にあると捉えた。

患者の同意や推定的同意の意義をより正確に分析するためには、傷害罪の保護法益や、ひいてはそれに対する自己決定権の関わり方等、まだまだ理論を詰めるところはある。患者の同意に限定しても、医師の説明義務やリビング・ウィル等、検討対象はなお広範囲にわたる。すくなくとも、患者の同意論は、理論と現実の乖離の解決に資するものでなくてはならないはずであり、引き続きそのような研究を進める予定である。

---

<sup>1</sup> 「同意」と「承諾」という用語について、本稿では原則的に「同意」という用語を用い統一するが、他の論者の見解を紹介する際には、その用語法にしたがう場合もある。

<sup>2</sup> 福田平『全訂刑法総論（第5版）』（2011年）181頁、佐伯千仞『刑法講義（総論）第3訂』（1977年）218頁、高橋則夫『刑法総論（第2版）』（2013年）314頁以下など。より詳細に述べると、以下のような要件にまとめられる。①被害者自らが処分できる個人的法益に関するものであること。②合理的な判断能力を有する者の真意による同意であること。子供や精神障害者による同意は無効であるとされている。③被害者の内心に存在するだけでは足りず、外部的に表明されること。ただしこれについては、必ずしも明示的である必要はなく、黙示的になされたものでもよいと考えられる。④同意が行為の時に存在していること。事後的に与えられた同意により、遡及的に違法性が阻却されることはない。⑤同意による行為は、被害者の同意があることを認識して行われること。

<sup>3</sup> 同意能力についての判例として、大判昭9・8・27刑集13・1086、最決昭27・2・21刑集6・2・275、広島高判昭29・6・30高刑集7・6・944、最決平16・1・20刑集58・1・1など。

<sup>4</sup> 団藤重光『刑法綱要総論（第3版）』（1990年）222頁、大塚仁『刑法概説（総論）（第4版）』（2008



年) 421 頁、佐久間修『刑法総論』(2009 年) 197 頁など。

<sup>5</sup> 法益主体が錯誤に陥って同意を与える際に、その状況が他人による欺罔に基づく場合と、法益主体が自ら錯誤に陥った場合を明白に区別して論じる見解もある。森永真綱「被害者の承諾における欺罔・錯誤(二)」関西大学法学論集 53 巻 1 号(2003 年) 204 頁以下。

<sup>6</sup> 著名な判例として、最判昭 33・11・21 刑集 12・15・3519。被告人が、被害者が自己を熱愛し追死してくれるものと信じているのを奇貨として、追死する意思がないのに追死するものの如く装い、その旨誤信せしめ、青化ソーダの中毒により死亡せしめたという事実につき、裁判所は、本件被害者は、被告人の欺罔の結果、被告人の追死を予期して死を決意したものであり、その決意は真意に添わない重大な瑕疵ある意思であることが明らかであり、このように、被告人に追死の意思がないに拘らず、被害者を欺罔し、被告人の追死を誤信させて自殺させた被告人の所為は、通常の殺人罪に該当するとした。

<sup>7</sup> 仲地哲哉「偽装心中と殺人罪」愛知学院大学論叢法学研究 5 巻 1・2 号(1963 年) 158 頁以下、大塚仁『刑法講義各論(新版第 4 版補訂版)』(2015 年) 21 頁、井上祐司『刑事判例の研究(その二)』(2003 年) 472 頁。

<sup>8</sup> 中野次雄「殺人罪と自殺関与罪との限界」法律のひろば 12 巻 2 号(1959 年) 14 頁以下、金澤文雄「同意殺人と自殺関与罪」木村亀二編『現代法律学演習講座刑法(各論)(新訂版)』(1962 年) 8 頁。

<sup>9</sup> 佐伯仁志「被害者の錯誤について」神戸法学年報 1 号(1985 年) 61 頁以下、69 頁以下。また、法益関係の錯誤説について詳細に取り扱った論文として、武藤真朗「法益関係的錯誤説と法益の要保護性」野村稔先生古稀祝賀論文集(2015 年) 31 頁以下、菊地一樹「法益主体の同意と規範的自律(1)」早稲田法学会誌第 66 巻 2 号 165 頁以下。

<sup>10</sup> 秋葉悦子「自殺関与罪に関する考察」上智法学 32 巻 2・3 合併号(1991 年) 196 頁。

<sup>11</sup> なお、ドイツでは、合意と同意(承諾)を区別するという考え方も存在する。すなわち、「合意(Einverständniss)」は、事實的・自然的意思であり、それがあれば構成要件該当性が阻却されるものであり、「同意(Einwilligung)」は、法的に有効な場合も無効な場合もある法的概念であり、それがあるとき、構成要件該当性は認められるが、行為が正当化されるものとする。もちろん、このような区別は正当ではなく、構成要件該当性の段階であろうと、正当化の段階であろうと、同意の要件は同じと解する見解も多数ある。合意と同意の区別について詳細に示したものとして、宮野彬「被害者の承諾」『現代刑法講座(第 2 巻)違法と責任』(1979 年) 109 頁以下、同意の体系的な位置づけについての詳細な検討として、佐藤陽子「被害者の承諾における三元論の意義について—『被害者の承諾』の犯罪体系上の地位に関する一考察—」『理論刑法学の探究④』(2011 年) 101 頁以下を参照されたい。

<sup>12</sup> この見解に立つ者として、山中、前田。ただし、行為無価値論とこの考え方が必ずしも結びつくというわけではない。井田良「被害者の同意」現刑 14 号(2000 年) 87 頁参照。



<sup>13</sup> 大塚仁『刑法概説（総論）（第3版）』（1997年）400頁、佐久間修『刑法講義（総論）』（1997年）186頁、福田平・前掲書（注2）181頁、木村亀二『刑法総論（増補版）』（1985年）286頁など。

<sup>14</sup> この立場に立つ代表的な判例として、最決昭55・11・13刑集34・6・396。過失による事故を装って保険金を騙取する目的で、被害者の同意を得て、故意に自己の運転する自動車をこれに衝突させることにより負傷させた場合について、本件同意は保険金騙取という違法な目的のために得られた違法なものであり、傷害行為の違法性を阻却しないとした。

<sup>15</sup> 町野朔「被害者の承諾」『刑法判例研究2』（1981年）168頁、内藤謙『刑法講義総論（中）』（1986年）587頁、前田雅英『刑法総論講義（第3版）』（1998年）113頁以下、山中敬一『医事刑法概論Ⅰ』（2014年）、高山佳奈子「自己決定とその限界（上）」法教264号（2004年）56頁、山口厚『刑法総論（補訂版）』（2005年）138、139頁など。

<sup>16</sup> 宮本英脩『刑法大綱（第4版）』（1984年）102頁、佐伯千仞『刑法講義（総論）三訂』（1977年）216頁、林幹人『刑法総論（第二版）』（2008年）160頁。

<sup>17</sup> 曾根威彦『刑法原論』（2016年）261頁以下、塩谷毅『被害者の承諾と自己答責性』（2004年）6頁。

<sup>18</sup> わが国の判例は、この立場に立つと考えられる。たとえば以下のものがある。

【1】医師免許を取得していないフィリピン人医師による美容整形手術について、医師が被害者に対して行った医行為は、「身体に対する重大な損傷、さらには生命に対する危難を招来しかねない極めて無謀な行為であって、社会的通念上許容される範囲・程度を超えて、社会的相当性を欠くものであり、たとえ被害者の承諾があるとしても、もとより違法性を阻却しない」（東京高判平9・8・4高刑集50・2・130）。

【2】暴力団の組員による不義理を理由とする指詰めにつき、「被害者の承諾があったとしても、被告人の行為は、公序良俗に反するとしかいいような指詰めにかかわるものであり、その方法も医学的な知識に裏付けされた消毒等適切な措置を講じたうえで行われたのではなく、全く野蛮で無残な方法であり、このような態様の行為が社会的に相当な行為として違法性が失われると解することはできない」（仙台地石巻支判昭62・2・18判タ632・254）。

【3】交通事故をよそおって保険金を詐取する目的で、被害者の承諾を得て、その者に故意に自動車を追突させ傷害を負わせたという事案について、「被害者が身体傷害を承諾したばあいに傷害罪が成立するか否かは、単に承諾が存在するという事実だけでなく、右承諾を得た動機、目的、身体傷害の手段、方法、損傷の部位、程度など諸般の事情を照らし合せて判断すべきものである」とした（前掲判例（注14））。

わが国の判例は、一般に、傷害の重大性の観点ではなく、社会的相当性や行為の目的の違法性を考慮して同意の客観的限界を定めるという目的説・社会相当性説にたっているとみることができる。

<sup>19</sup> 平野龍一『刑法総論Ⅱ』（1975年）254頁、佐伯仁志「被害者の同意とその周辺（2）」法教296号（2005年）90頁など。

- <sup>20</sup> 山中敬一・前掲書（注15）、内藤謙・前掲書（注15）588頁など。
- <sup>21</sup> 前田雅英・前掲書（注15）115頁以下など。
- <sup>22</sup> なお、同意に基づく傷害を違法と解しても、行為者の正犯性が否定されるという見解もある。山口厚・前掲書（注15）148、149頁。また前掲判例（注14）参照。
- <sup>23</sup> 推定的承諾が正当化事由であるという点について、実務も承認している。たとえば、BGH NJW 1988, 2310 は、「推定的承諾は、独立した正当化事由を形成するのであって、単なる正当化的緊急避難の一亜種（einen Unterfall）ではない」と判断している。しかし、被害者以外の者の利益との事後的な衡量によってではなく、被害者自身の利益がすでに保護に値しないという考慮によって違法でないといわれるのであるから、推定的同意のある場合も構成要件を阻却とする見解もある（林幹人『刑法総論（第2版）』（2008年）167頁）。
- <sup>24</sup> 山口厚『問題探究刑法総論』（1998年）86頁。
- <sup>25</sup> 団藤重光『刑法綱要総論（改訂版）』（1979年）204頁。
- <sup>26</sup> 福田平『新版刑法総論』（1976年）116頁。
- <sup>27</sup> 福田平・前掲書（注2）184頁。
- <sup>28</sup> 大塚仁『刑法概説（総論）（増補版）』（1975年）244頁。
- <sup>29</sup> 木村亀二・前掲書（注13）288頁。
- <sup>30</sup> 斎藤誠二「『推定的承諾』の法理をめぐって」警察研究49巻11号（1978年）19頁以下、内藤謙「推定的同意」法学教室51号（1984年）47頁。
- <sup>31</sup> 宮内裕「違法性の阻却」『刑事法講座第1巻』（1952年）226頁以下。「仮想的な被害者が、事態を完全に認識したならば、その個人的立場よりして行為に同意したであろうとの客観的な裁判官の立場からする蓋然性判断の意味である。」
- <sup>32</sup> 佐伯千仞・前掲書（注2）220、221頁。
- <sup>33</sup> 推定的同意と区別される概念として仮定的同意（hypothetische Einwilligung）があるが、ここでいう「仮定的意思」は、それを意図して使用された表現ではないと思われる。
- <sup>34</sup> 吉田宣之「推定的承諾論」法学新報93巻1・2号（1986年）58頁以下。
- <sup>35</sup> 川原広美「推定的同意に関する一試論」刑法雑誌25巻1号（1982年）102頁以下。
- <sup>36</sup> 許された危険の考え方を、過失やスポーツの領域との関係に言及して推定的同意に関する考察を行ったものとして、須之内克彦「刑法における同意の現代的意義について」明治大学社会科学研究所紀要45巻2号（2007年）1頁以下。
- <sup>37</sup> 須之内克彦「推定的同意について」『平場安治博士還暦祝賀・現代の刑事法学（上）』（1977年）226頁、斎藤誠二・前掲論文（注30）20頁以下。
- <sup>38</sup> 西村克彦「推定的承諾という法理の反省」警察研究50巻3号（1979年）5頁。
- <sup>39</sup> 西村克彦・前掲論文（注38）11、12頁。
- <sup>40</sup> 吉田宣之・前掲論文（注34）26頁。

<sup>41</sup> 内藤謙・前掲書（注 15）616 頁。

<sup>42</sup> 内藤謙・前掲論文（注 30）48、49 頁。

<sup>43</sup> 山口厚・前掲書（注 24）88、89 頁。

<sup>44</sup> 吉田宣之・前掲論文（注 34）21、22 頁。

<sup>45</sup> 医学的適応と医術の正当性について、ここでは十分に論じることができないため、別稿に譲る。

<sup>46</sup> 内藤謙・前掲書（注 15）577 頁以下。

<sup>47</sup> 佐伯仁志・前掲論文（注 19）90 頁。

被害者の同意においては、同意が違法性阻却の「基礎」であるが、治療行為における患者の同意は、医学の専断を抑制し、違法性阻却を限界付ける「柵」である。町野朔・前掲書（注 15）172 頁。承諾説は緊急時にそれを得られなかった場合を説明できないし、慣習説は理由が明白ではなく、緊急避難説は緊急状態にない場合の治療行為の適法性を説明しえないので、治療目的説が妥当である。木村亀二・前掲書（注 13）289 頁。

<sup>48</sup> 傷害罪と治療行為の関係につき、保護法益に関して詳細な検討をするものとして、天田悠「傷害罪の保護法益からみた治療行為論（一）」早稲田法学会雑誌第 65 巻 2 号（2015 年）1 頁以下、同「傷害罪の保護法益からみた治療行為論（二・完）」早稲田法学会雑誌第 66 巻 1 号（2015）1 頁以下を参照されたい。

<sup>49</sup> RG, Urteil v. 31. 05. 1894, RGSt 25, 375ff. 医師が、7 歳の子どもの、結核菌により化膿した足の骨の切除に、自然療法の信奉者であった父親が承諾を与えなかったにもかかわらず手術を施行し、術後、子どもに結核は出現せず正常に成長したという事案につき、原審はこの医師を無罪としたが、大審院（ライヒ裁判所）は、この医師の行為は傷害罪にあたると判示し、その際、医師の行為が不適切で失敗した場合のみならず、身体に加えられた直接的・物理的なあらゆる侵害が傷害にあたるとした。

<sup>50</sup> 詳細は、武藤眞朗「治療行為と傷害の構成要件該当性」早稲田大学大学院法研論集 54 号（1990 年）243 頁以下を参照されたい。

<sup>51</sup> 大塚仁『刑法概説各論（第 3 版）』（1998 年）28 頁以下。

<sup>52</sup> 町野朔・前掲書（注 15）63 頁。

<sup>53</sup> 金沢文雄「医療と刑法（第 2 巻）」現代刑法講座（1979 年）137 頁。

<sup>54</sup> 全体的考察説は、①医療技術のルールに従って行われた医的侵襲は、結果の成功・不成功にかかわらず、すべて傷害の構成要件に該当しないとし、ゆえに医療行為の開始時にすでに侵襲行為の判断が可能であるとする行為説と、②治療前よりも患者の健康状態がよくなったときに、傷害の構成要件が阻却され、すなわち構成要件阻却は事後的に決定されるとする結果説、そして、③行為者の侵襲時における目的、すなわち、治療に際して追及される治療目的を基準とし、加害の目的がない限り、傷害の故意に欠ける（したがって、専断的治疗行為としての治療も、傷害にはあたらない）とする目的説の 3 つに分類することができる。山中敬一・前掲書（注 15）126 頁。

<sup>55</sup> 「治療」という言葉が何を指すかについては、安易に定義づけることはできない。回復・根治だけでなく、現状の維持・苦痛の緩和が含まれるかどうかはもちろん、いわゆる基本看護とよばれる形態の医療上のケアについては、より慎重な検討が必要である。

<sup>56</sup> 山中敬一・前掲書（注 15）165 頁以下。

<sup>57</sup> 類似事案の判例として、東京地判平 15・5・28 判タ 1136・114。警察官採用試験に合格し警察官に任用された原告が、被告東京都に対し同警察学校が任用後、原告に無断で HIV 抗体検査を行い、この検査結果が陽性であった原告に事実上辞任を強要した等の行為が違法であるとして損害賠償を求めるとともに、警察学校から依頼を受けて検査を実施した被告に対しても同額の損害賠償請求をした事案につき、本人の同意なしに行われたというに留まらず、その合理的必要性も認められず、原告のプライバシーを侵害する違法な行為と言わざるをえないと判決を下した。

<sup>58</sup> 類似事案の判例として、BGH NJW 1962, 682=BGHSt16, 309; BGHZ 88, 249。被告人兩名は、医学部の学生であったが、（医師資格のない）研修生として州立病院で働いていた。この間、被告人 P は 6 件、M は 2 件、彼らを医師と信じた患者の手術を行った。傷害罪、過失傷害罪につき、第 1 審は無罪とした。誰が行っても同じ「傷害」の結果が生じる限り、法益侵害についてその行為者が誰かは、重要ではない。すなわち、医師としての技量・執刀方法等が同一であれば、同意の名宛人の同一性の錯誤は、法益関係的錯誤ではない。この判決については、山中敬一「被害者の同意における意思の欠缺」関西大学法学論集 33 卷 3 = 4 = 5 号（1983 年）328 頁以下を参照。

<sup>59</sup> ここでは、「治療」という言葉の定義の不明確性を考慮し、また、移植のための臓器摘出、諸形態の安楽死（終末期医療）等を顧慮して、狭義の治療行為よりも広い概念をふくむもの、すなわち、終末期にもかかわるものとして、医的行為という言葉を使う。

# **Die mutmaßliche Einwilligung des Verletzten im Strafrecht**

## **— Eine Betrachtung über die rechtliche Bedeutung des Willen des Patienten —**

NISHIMOTO, Kana

### **Schlüsselwort:**

Einwilligung des Verletzten, mutmaßliche Einwilligung, Rechtfertigungsgrund der Einwilligung, Wille des Patienten, Zustimmung des Patienten

### **Zusammenfassung:**

Das Strafrechtstheorie kennt als Rechtfertigungsgrund nur neben tatsächlich Einwilligung mutmaßliche Einwilligung des Verletzten. Unter der mutmaßlichen Einwilligung ist so verstehen, dass der Betroffene zwar nicht zugestimmt hat, aber vermutlich zugestimmt hätte, wenn es ihm möglich gewesen wäre. Bei der ärztlichen Maßnahme ist der Wille des Patienten zu respektieren. Im Medizinrecht stellt sich die Frage, wie man Patienten, die wegen etwa Demenzkrankheit oder Bewußtlosigkeit einwilligungsunfähig sind, behandeln sollt. Normalerweise ist es sehr schwierig, von solchen Patienten die Einwilligung einzuholen. Auf das Selbstbestimmungsrecht sollte zwar großer Wert gelegt werden, es ist doch nicht erwünscht, die gebotene Maßnahme deswegen zu unterlassen, weil der Patient seine Zustimmung dazu nicht erklären konnte. Es ist denkbar, mit der Rechtstheorie „mutmaßliche Einwilligung“ dieses Problem lösen zu können. In der ersten Hälfte dieses Aufsatzes untersuche ich die allgemeine Theorie der mutmaßliche Einwilligung, und in der zweiten Hälfte die Anwendbarkeit dieser Theorie auf das Medizinstrafrecht.